



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

**Ambulanter ärztlicher Notfalldienst als staatliche Aufgabe - Gesetzliche
Grundlage für eine allfällige Ersatzabgabe: Bemerkungen zum Urteil
2C₈07/2010desBundesgerichtsvom25.Oktober2011**

Gächter, Thomas ; Blum-Schneider, Brigitte

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-64304>

Journal Article

Originally published at:

Gächter, Thomas; Blum-Schneider, Brigitte (2012). Ambulanter ärztlicher Notfalldienst als staatliche Aufgabe - Gesetzliche Grundlage für eine allfällige Ersatzabgabe: Bemerkungen zum Urteil 2C₈07/2010desBundesgerichts. *Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, 1(8) : online.

Dokument	hill 2012 Nr. 8
Urteilsdatum	25.10.2011
Gericht	Bundesgericht
Autor	Thomas Gächter, Brigitte Blum-Schneider
Publikation	hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit
Rechtsgebiete	Gesundheitswesen & soziale Sicherheit, Grundrechte

Ambulanter ärztlicher Notfalldienst als staatliche Aufgabe - Gesetzliche Grundlage für eine allfällige Ersatzabgabe

Bemerkungen zum Urteil 2C_807/2010 des Bundesgerichts vom 25. Oktober 2011

Thomas Gächter/Brigitte Blum-Schneider

Der kantonale Gesetzgeber darf die Regelung des Notfalldienstes der privatrechtlich organisierten Ärztesgesellschaft übertragen, sofern die entsprechende Delegation in einem formellen Gesetz vorgesehen ist. In diesem delegierten Bereich tritt die Ärztesgesellschaft auch gegenüber Nichtmitgliedern hoheitlich auf. Erhebt die Ärztesgesellschaft eine Ersatzabgabe, so müssen der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlage im formellen Gesetz geregelt sein.

I. Ausgangslage

- 1 Dr. med. X. besitzt seit November 1985 eine Berufsausübungsbewilligung, um als Arzt im Kanton Thurgau tätig zu sein. Seit Juli 1999 leitet er keinen Notfalldienst mehr. Mit Entscheid vom 3. August 2005 befreite ihn das Departement für Finanzen und Soziales formell von dieser Pflicht. Auf eine Rechtsänderung hin bat X. die Notfallkommission der Ärztesgesellschaft des Kantons Thurgau, förmlich von der entsprechenden Befreiung Kenntnis zu nehmen. Die Notfallkommission bestätigte darauf die Befreiung, auferlegte X aber gleichzeitig für das Jahr 2009 eine Ersatzabgabe in der Höhe von CHF 3'000. Dagegen wehrte sich X. erfolglos beim Vorstand der Ärztesgesellschaft, dem Thurgauer Departement für Finanzen und Soziales sowie dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gelangte X. schliesslich ans Bundesgericht.

II. Standpunkt der Vorinstanz

- 2 Die Vorinstanz vertrat die Meinung, die Ersatzabgabe beruhe auf einem privatrechtlichen Schuldverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Ärztesgesellschaft, weshalb die Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten das einschlägige Rechtsmittel ans Bundesgericht sei (Art. 72 ff. BGG). Da der Streitwert im vorliegenden Fall jedoch die Streitwertgrenze von CHF 30'000 unterschreite (Art. 74 BGG), stehe die Beschwerde nicht zur Verfügung. Sie hielt weiter fest, die Pflicht zur Zahlung der Ersatzabgabe sowie deren Höhe ergebe sich aus dem Notfalldienstreglement, das durch einen Beschluss der Ärztesgesellschaft für ihre Mitglieder verbindlich erklärt worden sei.

III. Rügen des Beschwerdeführers

- 3 Der Beschwerdeführer vertritt dagegen die Meinung, dass die Ersatzabgabe keine privatrechtliche Schuld darstellen könne, da sie in einem Reglement statuiert werde, das sich auf das kantonale Gesundheitsgesetz stütze und vom kantonalen Departement genehmigt worden sei. Für eine Qualifikation als öffentlich-rechtliche Forderung spreche, dass das Reglement für Mitglieder und Nichtmitglieder gelte. Da die Bemessungsgrundlage für die Ersatzabgabe nicht einmal ansatzweise in einem Gesetz geregelt sei, werde das Legalitätsprinzip verletzt.

IV. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Notfalldienst als staatliche Aufgabe

- 4 Für die Qualifikation des ambulanten ärztlichen Notfalldienstes führt das Bundesgericht aus, dass der ärztliche Notfalldienst ursprünglich der privaten Initiative überlassen gewesen sei. Meist regelten die Standesvereinigungen die Organisation des Notfalldienstes und nahmen ihre Mitglieder in die Pflicht. Weder der Bund noch die meisten Kantone hielten es für nötig einzugreifen oder zu legiferieren. Der Literatur zufolge war es lange Zeit unklar, ob es sich beim Notfalldienst um eine öffentliche Aufgabe handelt (E. 2.3).
- 5 Unterdessen haben sich nach zutreffender Feststellung des Bundesgerichts die finanziellen Rahmenbedingungen des ambulanten Notfalldienstes deutlich verschlechtert. Zudem erwähnt Art. 40 lit. g des Medizinalberufegesetzes (MedBG), das am 1. September 2007 in Kraft getreten ist, u.a. die ärztlichen Berufspflichten im Bereich des Notfalldienstes, die sich damit nicht mehr nur aus den ärztlichen Standesregeln ergeben (E. 2.4).
- 6 Im konkreten Fall, d.h. im Kanton Thurgau, wird gemäss § 23a des Gesundheitsgesetzes vom 5. Juni 1985 (GesG/TG) die zweckmässige Organisation von Notfalldiensten von Ärzten, Zahnärzten Apothekern und Tierärzten an die kantonalen Standesorganisationen delegiert. Laut § 23a Abs. 2 GesG/TG werden dabei nicht nur die selbständig tätigen Mediziner, sondern auch die unselbständig Tätigen zur Beteiligung am Notfalldienst verpflichtet. Die Standesorganisationen sind sodann ermächtigt, über die Entbindung vom Notfalldienst sowie über eine zweckgebundene Ersatzabgabe zu entscheiden (§ 23a Abs. 3 GesG/TG). Entscheide über die Entbindung und die Ersatzabgabe unterstehen dem Rekurs an das zuständige Departement (§ 23a Abs. 4 GesG/TG). Gemäss § 23a Abs. 5 GesG/TG kann der Kanton mit den Standesorganisationen Leistungsvereinbarungen über den Notfalldienst abschliessen. Mit § 23a GesG/TG geht der Kanton Thurgau somit über den Anwendungsbereich von Art. 40 MedBG hinaus, indem auch unselbständig tätige Mediziner zum Notfalldienst verpflichtet werden. Mit diesen weitergehenden Bestimmungen wollte der Kanton Thurgau den Notfalldienst als wichtigen Teil der medizinischen Grundversorgung gewährleisten und einem allfälligen Mangel an Medizinerinnen vorbeugen, die zur Leistung von Notfalldienst bereit sind (E. 2.5).

- 7 Wie das Bundesgericht festhält, bildet der Rechtsweg an das zuständige Departement des Kantons (§ 23a Abs. 4 GesG/TG) zwar ein Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Dispensation vom Notfalldienst und der entsprechenden Ersatzabgabe (E. 2.6). Es braucht jedoch weitere Aspekte, um eine zutreffende Qualifikation vorzunehmen: Gemäss § 68 Abs. 3 der Kantonsverfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (KV/TG) und § 4 Abs. 1 GesG/TG ist der Kanton für eine ausreichende medizinische Versorgung besorgt. Dabei dient die Einrichtung eines ärztlichen Notfalldienstes dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung der Gesundheit der Bevölkerung. Der kantonale Gesetzgeber qualifiziert den Notfalldienst nach der Ansicht des Bundesgerichts insgesamt als öffentliche Aufgabe. Die Organisation des Notfalldienstes übertrug der Kanton Thurgau allerdings nicht einer kantonalen Behörde, sondern der Ärztesgesellschaft (§ 23a Abs. 1 GesG/TG i.V.m. § 47 Abs. 4 KV/TG). Die Ärztesgesellschaft ist demnach zuständig für die Regelung des Notfalldienstes der Ärzte (Mitglieder und Nichtmitglieder), die Dispensation von der Notfalldienstpflicht und die Festsetzung und Erhebung der Ersatzabgabe. In diesen Regelungsbereichen tritt die Ärztesgesellschaft aufgrund der gesetzlichen Delegation hoheitlich auf. Ist etwa ein Arzt mit der Ersatzabgabe nicht einverstanden, so steht ihm der Rechtsweg mittels Rekurs an das Departement für Finanzen und Soziales offen. Nicht rechtzeitig angefochtene Entscheide sind durch die Ärztesgesellschaft vollziehbar und sind vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichgestellt (E. 2.6).
- 8 Demnach geht das Bundesgericht bei der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung davon aus, dass die Forderung der Ersatzabgabe öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die Ersatzabgabe ist deshalb bei allen dispensierten Ärzten aufgrund der Delegationsnorm in § 23a Abs. 3 Satz 2 GesG/TG zu erheben, d.h. die Nicht-Mitglieder der Ärztesgesellschaft werden bezüglich der Dienstpflicht, der Dispensation und der Ersatzgabe gleich behandelt (E. 2.7).

2. Gesetzliche Grundlage für eine allfällige Ersatzabgabe

- 9 Für öffentlich-rechtliche Ersatzabgaben gelten öffentlich-rechtliche Prinzipien. Öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten beruhen grundsätzlich auf einer formellgesetzlichen Grundlage. Dabei ist das Legalitätsprinzip im Abgaberecht ein selbständiges verfassungsmässiges Recht, das sich auch gegen die Kantone richtet, und dessen Verletzung gestützt auf Art. 127 Abs. 1 BV geltend gemacht werden kann. Es zielt darauf ab, dass Abgaben voraussehbar und rechtsgleich sind. Delegiert der Gesetzgeber jedoch Kompetenzen zur Festlegung einer Abgabe, so müssen der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe in einer formellgesetzlichen Grundlage geregelt sein. Insbesondere muss grundsätzlich die Höhe der Abgabe in hinreichend bestimmbarer Weise aus dem formellen Gesetz hervorgehen (E. 3.3).
- 10 Unter gewissen Umständen kann jedoch eine Lockerung des Legalitätsprinzips angebracht sein (E. 3.1), namentlich wenn sich die Höhe der geschuldeten Abgabe durch das Kostendeckungsprinzip, das Äquivalenzprinzip oder etwa die langdauernde Übung in der Bemessung sinnvoll eingrenzen lässt.
- 11 Der Dispens von der Primärpflicht, d.h. vom Notfalldienst, stellt einen individuellen Vorteil dar, der durch die Ersatzabgabe ausgeglichen wird. Letztere soll sich nach dem Vorteil bemessen, den der Pflichtige aus der Befreiung zieht. Die Ersatzabgabe für eine Dienstleistungspflicht kann sich dabei nach dem Einkommen des Ersatzpflichtigen bemessen. Bei der in Frage stehenden Ersatzabgabe kann die Angemessenheit nach der bundesgerichtlichen Ansicht allerdings nicht nach dem Kostendeckungsprinzip überprüft werden: Kämen nämlich alle Ärzte der Notfalldienstpflicht nach, müssten die Kosten für den Notfalldienst auf andere Weise gedeckt werden, d.h. die Ersatzabgabe ist eine kostenunabhängige Abgabe. Ihr kommt auch kein Marktwert zu, da es nach den Ausführungen des Bundesgerichts unter Umständen möglich ist, ihre Höhe entsprechend den unterschiedlichen Gründen oder Ursachen zu differenzieren, die für die Befreiung vom Notfalldienst geltend gemacht werden. Zudem ist die Regelung der Ersatzpflicht jüngerer Datums, so dass für die Begrenzung ihrer Höhe auch nicht auf eine langjährige Übung zurückgegriffen werden kann. Für die Bemessung der Höhe der

Ersatzabgabe werden deshalb höhere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt, als dies bei kostenabhängigen Abgaben oder bei Abgaben mit einem Marktwert der Fall wäre. Daher rechtfertigt es sich nach Aussagen des Bundesgerichts nicht (E. 3.2), unbestimmte gesetzliche Grundlagen für die Bemessung der Ersatzabgabe genügen zu lassen, zumal sich diese auf den nicht unerheblichen Betrag von CHF 3'000 belaufen können.

- 12 Diesen Anforderungen entspricht § 23a GesG/TG nicht. Deshalb war die Ärztesgesellschaft nicht befugt, die Höhe der Ersatzabgabe in ihrem Reglement festzulegen und die Zahlung einzufordern (E. 3.4). Im Ergebnis hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und hob den Entscheid des Verwaltungsgerichts auf (E. 4).

V. Würdigung

- 13 Der Entscheid dokumentiert eine wichtige gesundheitspolitische Entwicklung, die sich in den letzten Jahren verschärft hat: Die tariflichen Rahmenbedingungen für die selbständigen Ärztinnen und Ärzte, die früher den Notfalldienst auch aus wirtschaftlichem Eigeninteresse leisteten und bereitwillig organisierten, haben sich kontinuierlich verschlechtert. Das Leisten von Notfalldiensten, in denen die Vorhaltezeiten, d.h. die Wartezeiten ohne verrechenbare Leistungen, nicht entschädigt werden, hat insgesamt an Attraktivität verloren. Gleichzeitig ist die Erwartung der Bevölkerung an die Kantone gestiegen, dass die flächendeckende (ambulante) Notfallversorgung gewährleistet wird. Diese Erwartung widerspiegelt sich denn auch in kantonalen Verfassungs- und Gesetzesnormen,¹ die dem Staat die Verantwortung für eine flächendeckende medizinische Versorgung der Bevölkerung zuweisen und diese damit als staatliche Aufgabe begreifen. Das Bundesgericht bringt diesen Wandel klar zum Ausdruck, indem es schreibt, dass die „Forderung der interessierenden Ersatzabgabe [...] öffentlich-rechtlicher und nicht (mehr) privatrechtlicher Natur“ sei (E. 2.7).
- 14 Gleichwohl ist eine gewisse Zurückhaltung angezeigt, bevor die Gewährleistung des ambulanten ärztlichen Notfalldienstes als staatliche Aufgabe qualifiziert wird. Trotz verschiedener Veränderungen in diese Richtung ergibt sich jeweils erst aus einer genauen Analyse des kantonalen Rechts, ob und inwiefern die ambulante Notfallversorgung als staatliche Aufgabe zu verstehen ist. Art. 40 lit. g MedBG sieht denn auch ausdrücklich vor, dass die Betroffenen nur „nach Massgabe der kantonalen Vorschriften“ in Notfalldiensten mitzuwirken haben. Entgegen dem Anschein, den das Bundesgericht erwecken könnte (E. 2.4), statuiert Art. 40 lit. g MedBG keine allgemeine kantonale Verpflichtung, den ambulanten Notfalldienst zu organisieren.²
- 15 Der Entscheid wirft auch die Frage auf, wie die Abgeltung des ambulanten Notfalldienstes gestaltet sein soll, wenn dieser zumindest teilweise als staatliche Aufgabe verstanden wird: Können die Kantone die Organisation einer Staatsaufgabe einfach per Gesetz einer privaten Organisation übertragen, ohne diese hierfür zu entschädigen? Oder müssten zumindest, wie dies jüngst postuliert wurde, die Kosten der Organisation des Notfalldienstes abgegolten werden?³ Eine Alternative könnte aber auch darin bestehen, dass der Staat selbst die Organisation übernimmt oder sich für eigenständige Notfallinfrastrukturen entscheidet. Die Idee, bei mangelhafter Organisation des Notfalldienstes durch die Ärzteschaft, dieser die Kosten einer

¹ Vgl. etwa Dominique Sprumont/Jean Perrenoud, Organisation des services de garde dans le canton de Genève: de lege lata et ferenda, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht (RSDS/SZG) 7/2005, S. 21 ff.

² Siehe etwa Walter Fellmann, in: Ayer/Kieser/Polodna/Sprumont (Hrsg.), Medizinalberufegesetz, Kommentar, Basel 2009, Art. 40 N. 143.

³ Siehe Simon Graf, Notfalldienstplicht der Ärzte in privater Praxis. Rechtslage bezüglich Verpflichtung, Entschädigung und Sanktionen in ausgewählten Kantonen (AI/AR/ZH), in: Jusletter vom 30. Januar 2012, Rz. 80 ff. (www.jusletter.ch); siehe auch ders., Erörterungen zu Rechtslage und Entschädigungsfragen Die Pflicht zur Leistung von Notfalldienst durch Ärzte in der Praxis, in: Schweizerische Ärztezeitung (SAeZ) 2012, S. 170 ff.

staatlichen Organisation desselben zu überbinden, würde jedenfalls in jenen Kantonen nicht überzeugen, die den ambulanten Notfalldienst als staatliche Aufgabe verstehen.⁴

- 16 Nur angedeutet seien einige weitere Fragen: Welchem Haftungsrecht unterstehen beispielsweise Ärztinnen und Ärzte, die im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe – wenn auch in freier Praxis – Notfalldienst leisten? Handelt es sich dabei um die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit, für welche primär der Staat nach den jeweiligen Haftungsgesetzen haftet? Dies dürfte nach wie vor zu verneinen sein, da die Ärztinnen und Ärzte lediglich in (staatlich) organisierter Form privatwirtschaftlich tätig werden. Zu bejahen ist aber wohl die Staatshaftung für privatrechtliche Organisationen, die aufgrund einer staatlichen Aufgabendelegation den Notfalldienst organisieren und dabei widerrechtlichen Schaden verursachen. Weiter fragt sich, ob der Staat gehalten ist, die Warte- und Bereitschaftszeiten der Ärztinnen und Ärzte, die für den Notfalldienst eingeteilt sind, in irgendeiner Weise zu entschädigen, wenn sie dies im Rahmen der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe tun.
- 17 Zu begrüßen sind die - in diesem Entscheid relativ streng gehandhabten - Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für eine Ersatzabgabepflicht. Selbstverständlich können kantonale Ärztesellschaften, die mit der Organisation des Notfalldienstes betraut sind, ebenfalls plausible Ansätze für die Ersatzabgabe festsetzen. Wie das Bundesgericht jedoch aufgezeigt hat, bestehen verschiedene Unsicherheiten, wie eine Ersatzabgabe bemessen würde, und lassen sich die Gesamtkosten des Notfalldienstes nicht genügend eindeutig beziffern. Mindestens die grundlegende Entscheidung darüber, nach welchen Faktoren die Ersatzabgabe zu bemessen ist, müssen deshalb im formellen Gesetz enthalten sein, zumal es sich in der Regel um namhafte Beträge handelt.

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich

Brigitte Blum-Schneider, MLaw (UZH), Doktorandin SNF, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich

⁴ Siehe aber Tomas Poledna/Raphaël Stoll, Ärztlicher Notfalldienst: Pflicht oder Recht des Arztes? – Betrachtungen am Beispiel der Gesundheitsgesetzgebung des Kantons Zürich, AJP 2005, S. 1367 ff., 1372, allerdings zur etwas unterschiedlichen Rechtslage im Kanton Zürich.